

ber de hacerlo el ministerio fiscal, al que la ley encarga la proteccion y defensa de los menores, incapacitados, ausentes é impedidos hasta que se les provea de tutores ó curadores para la defensa de sus propiedades y derechos (1). Los mismos jueces deben de oficio proveer de guardadores á los que no los tengan, debiendo recaer la eleccion, segun ya dejamos dicho, en el pariente á quien corresponda con arreglo á la ley (2). Y si no hubiere pariente á quien designar, ó no reuniendo el que hubiere las cualidades que exigen las leyes, el juez deberá conferir la tutela á la persona que merezca su confianza; lo cual, en nuestro concepto, debe hacerse tambien extensivo al caso en que el pariente se niegue á aceptar aquel cargo (3).

285. Juez competente para el nombramiento de tutor, es el del domicilio del padre ó de la madre cuya muerte ocasionare el nombramiento, y en su defecto, el juez del domicilio del menor ó el del incapacitado, ó el de cualquier lugar en que tuviere bienes inmuebles (4). Si se hubiesen hecho nombramientos en diferentes personas por distintos jueces, será tutor, segun opinion de algunos, el primeramente nombrado, y en duda, el elegido por el juez del domicilio del padre ó de la madre (5). Por práctica, el cargo

(1) Número 6.º del art. 838 de la Ley orgánica provisional del poder judicial.

(2) Artículo 1836 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Aragon.—En Aragon, cuando el juez es requerido para que nombre tutor, aunque sea á un póstumo, lo hace de los parientes por donde descienden los bienes; de modo que si el huérfano queda sin padre y madre, se le nombran dos tutores, uno para cada clase de bienes. (Fuero IV, Obs. 1, *De tutorib.*) Esto no se opone, sino que se concilia muy bien con el art. 1836 de la Ley de Enjuiciamiento, civil que impone al juez la obligacion de designar para el cargo de tutor al pariente á quien corresponda con arreglo á la ley.

(3) Artículos 1837 y 1838 de la *Ley de Enjuiciamiento civil*.

(4) Regla 4.ª, art. 309 de la Ley provisional sobre organizacion del poder judicial, derogatoria en este punto de la 12, tít. XVI, Part. VI.

(5) Segun Gregorio Lopez, si se hubiere nombrado tutor por el juez del pueblo de la naturaleza y por el del domicilio, será preferido el primeramente nombrado, y si se ignorase cuál lo habia sido, se dará la preferencia al nombrado por el juez de la naturaleza. (Glosa á la ley 12.) Mas en el día, tanto en este caso como en el que se expresa en el texto á que se

de tutor se discernía en el pueblo en que radicaba la testamentaria, cuyo juez competente era y es el del último domicilio del difunto, el cual tenia tambien competencia en el juicio de abintestato, en el que expresamente le concede la ley la facultad de proveer de tutor, si no le tuvieren, á los parientes menores (1); lo que es conforme con el beneficio del pupilo, que no puede esperar tanta proteccion de personas ajenas al lugar en que se ventilan sus más capitales intereses. La ley nueva, pues, ha confirmado el anterior derecho escrito y consuetudinario.

Luzon 26

TÍTULO VI.

De la curaduría.

286. Curaduría es una autoridad de proteccion, creada por las leyes, principalmente para el cuidado de los bienes, y secundariamente de las personas de los menores ó de los incapacitados (2).

287. Establecida primariamente para la proteccion de los bienes, y secundariamente para la de las personas, comprende, concluida la tutela, á unos por su menor edad, que es hasta los veinticinco años, y á otros por su incapacidad fisica, legal ó moral. Las leyes consideran en este caso al loco, desmemoriado ó fátuo, y al pródigo (3); pero atendido su espíritu, es extensiva la

refiere esta nota, hay que atenerse á lo dispuesto en el art. 309 de la Ley orgánica, citado en la nota anterior.

Aragon.—La madre que quiere ser tutora es preferida en la tutela dativa, segun el derecho aragonés. (Obs. 3, *De tutor.*) Más eficaz será esta preferencia si en este caso se aplica la disposicion de la ley que concede á la madre la patria potestad en defecto del padre.

(1) Artículo 962 de la Ley de *Enjuiciamiento civil*.

(2) *Navarra.*—Como las leyes especiales de Navarra no tratan de la curaduría, en su silencio se sigue el derecho romano.

(3) La ley 13, tít. XVI, Part. VI, sólo hace expresion de los guardadores de los menores y de los de los locos y desmemoriados; mas la 60, título XVIII, Part. III, menciona además los de los mudos, sordos y pródigos, siendo, por consiguiente, más amplia en esta parte que la primera. Y es indudable, y así lo manifiesta Gregorio Lopez, que para los efectos de dicha ley, únicamente debe calificarse de sordo al que nada oye, y aún

curaduría á todas las demás personas que por perpétua enfermedad no pueden atender á sus negocios, y esta es la opinion general de los jurisconsultos (1). Para la declaracion de locura ó fatuidad ha de preceder conocimiento de causa, y la de prodigalidad debe hacerse en juicio contradictorio. A diferencia de la tutela, puede ser dada la curaduría para un negocio determinado.

288. *Curaduría del menor.*—El curador del menor puede ser nombrado por el padre, y se le discernirá el cargo, previa prestación de fianzas, á no ser que aquél le hubiese relevado de ellas. La madre y cualquiera otra persona que haya instituido al menor ó dejádole una manda de importancia, pueden tambien nombrarle curador y relevar á éste de fianzas, aunque el juez podrá exigir las si á su juicio el guardador no ofrece las garantías suficientes. El menor puede oponerse al nombramiento de curador hecho por la madre ó persona extraña, y si el juez cree fundada la oposicion, podrá negar el discernimiento del cargo. Opinamos que en la actualidad, la madre que esté ejerciendo la patria potestad en defecto del padre, podrá hacer en la misma forma que

añadiremos que no tiene tampoco medio alguno de explicarse: por pródigo debe entenderse el que ha sido declarado tal por sentencia judicial. El Tribunal Supremo, en sentencia de 13 de Diciembre de 1873, al declarar infringida la ley por un fallo confirmatorio del nombramiento de curador ejemplar dado á una persona que no se hallaba en ninguno de los dos casos expresados en la ley 13, arriba citada, ni era sordo-mudo de nacimiento, parece que no tuvo en cuenta la ley 60, tít. XVIII de la Partida III, si bien su decision fué sin género de duda estrictamente justa en el caso concreto á que se referia, puesto que la persona á quien se habia querido obligar á recibir curador, aunque enteramente sorda, no era sordo-mudo de nacimiento, y tenia bastante inteligencia para cuidar de sus bienes.

(1) Esto debe entenderse de una enfermedad de tal naturaleza, que impida al que la padece dar á conocer su voluntad, ni áun para designar persona que le represente y se encargue de la administracion de sus bienes.

Aragon.—Los fueros de Aragon nada hablan de la curaduría del menor, aunque sí de los curadores de los furiosos, mentecatos, y aún de los pródigos que lo son á consecuencia de incapacidad mental; no obstante, algun autor sostiene que tambien se deben dar curadores á los mayores de catorce años, menores de veinte. (Obs. 7, *De tutor.*)

éste y de una manera tan firme el nombramiento de curador. A falta de curador nombrado por las personas citadas, se hará el nombramiento ante el juez por el mismo menor, por comparecencia que suscribirá; en la inteligencia de que si el nombrado no reúne las circunstancias necesarias, el juez podrá negarle el discernimiento, invitando al menor á que elija otro en su lugar. Hecho el nombramiento, y determinada y aprobada la fianza que ha de prestar el curador, se le discernirá el cargo (1). Despues de estas disposiciones de la ley de Enjuiciamiento civil, no parece ya sostenible la opinion de que á los menores no se les debe dar curador contra su voluntad á no ser para comparecer en juicio. Es verdad que áun ántes, esta opinion, fundada en una ley de Partida, no era seguida en la práctica (2). En los expresados casos el discernimiento del cargo de curador corresponde como el de tutor, al juez del domicilio del padre ó de la madre cuya

(1) Artículos 1841 al 1846 de la *Ley de Enjuiciamiento civil*. Aunque, segun la ley 13, tít. XVI, Part. VI, el curador *non debe ser dejado en el testamento*, podia ser confirmado por el juez si consideraba que este nombramiento era útil al menor. Mas en el dia puede hacerse sin semejante limitacion, y en la forma expresada en el texto. Si el menor se negare á nombrar curador á falta de las personas designadas en el texto, creemos que el nombramiento corresponderá al juez.

(2) Necesario es confesar que acerca del principio de que al menor no se debe dar curador contra su voluntad, no está tan claro nuestro antiguo derecho como en materia tan interesante y de uso tan frecuente habria convenido. Las leyes 12 y 13, tít. XVI, Part. VI, se hallan al parecer en contradiccion; de la primera se deduce, que el menor debe estar siempre sometido á la curaduría; de la segunda, por el contrario, se infiere que es potestativo en los menores el recibir ó no curador, cuando dice: *Pero los que son en su acuerdo, non pueden ser apremiados que reciban tales curadores si non quisieren*. Ingeniosos eran los recursos á que se apelaba para salvar la antinomia. Algunos pretendian que el tutor debia continuar con carácter de curador hasta que el menor pidiera y obtuviera un curador, fundándose en el derecho romano; pero semejante opinion no era conforme ni al derecho romano ni al nuestro. Así, pues, parecia lo menos peligroso considerar que el derecho de los menores se limitaba á no recibir por curador á persona que no fuera de su agrado, y que ésta debia ser la interpretacion recta de la citada ley 13; ó lo que es lo mismo, que si el menor designaba la persona que queria por curador, el juez debia aprobarla si la hallaba digna y segura; pero que nunca habia de quedar el menor sin curador. En esto se hallaba el mismo menor muy interesado, porque de otro

muerte ocasionare el nombramiento, y en su defecto al juez del domicilio del menor, ó al de cualquiera lugar en que tuviera bienes inmuebles (1).

289. A veces los menores obtienen dispensa de edad para administrar sus bienes sin necesidad de curador. El rey es quien la concede por motivos justos y razonables, debidamente justificados, y los menores deben pagar el servicio correspondiente. Esta es una de las gracias llamadas *al sacar* (2).

290. *Curaduría ejemplar*.—El curador de los incapacitados física ó moralmente, que es llamado ejemplar, ha de ser nombrado y su cargo discernido por los mismos jueces á quienes respectivamente corresponde el discernimiento del cargo de curador del menor, previa justificación de la incapacidad. Si la incapacidad por causa de demencia no estuviese declarada en sentencia firme, se acreditará sumariamente en un antejuicio, y se nombrará un curador ejemplar interino, reservando á las partes el derecho que puede asistirles en el juicio correspondiente. El nombramiento ha de recaer por su orden, siempre que tengan la aptitud necesaria para desempeñarlo, en el padre, mujer, hijos, madre, abuelos y hermanos del incapacitado, debiendo ser preferidos los varones en igualdad de grado, y entre ellos los de mayor edad. Concurriendo abuelos paternos y maternos, serán también preferidos los varones á las hembras; y en el caso de ser del mismo sexo, los que lo sean por parte del padre, á los que lo fueren por la de la madre. A falta de estos parientes, ó no siendo aptos para la curatela, se deja el nombramiento al arbitrio prudencial del juez, que deberá preferir á los parientes ó amigos del incapacitado ó de sus padres (3).

modo, nadie habria querido contratar con él, y por su inexperiencia habria quedado expuesto á graves peligros. Por estas consideraciones sin duda, en la práctica se proveía siempre de curador á los menores.

(1) Regla 4.^a, art. 309 de la Ley orgánica del poder judicial.

(2) Artículos 1.^o y 2.^o de la ley de 14 de Abril de 1838.

Vizcaya.—A los menores que justifiquen haber cumplido la edad de diez y ocho años, y que tienen capacidad suficiente para administrar sus bienes, puede sacarlos el juez del poder de sus curadores, los cuales les deberán hacer entrega de todos sus bienes con sus frutos y rentas. Ley 2.^a, título XXII del Fuero.

(3) Regla 4.^a, art. 309 de la Ley orgánica del poder judicial, y artícu-

291. *Curadores para pleitos*.—Por regla general, no se puede dar curador para pleitos á los menores de veinticinco años que se hallan bajo la patria potestad, en tutela, ó curaduría, pues á unos y á otros deben representar respectivamente sus tutores, ó curadores *ad bona ó ejemplares*. Sin embargo, habrá lugar á este nombramiento, cuando tenga el guardador un impedimento temporal, ó cuando se suscite un pleito en que no pueda representar al menor por existir entre ellos opuestos intereses. Cuando el curador para pleitos es nombrado por el juez, que habrá de ser el del lugar en que los menores ó incapacitados tengan su domicilio, ó el del lugar en que necesitaren comparecer en juicio, la elección ha de recaer en un pariente inmediato del menor; en su defecto en persona de su intimidad ó la de sus padres, y por último, en un vecino del lugar de su domicilio que merezca la confianza del juez. Los menores, mayores de catorce y de doce años respectivamente, pueden nombrar curador para pleitos á quien tengan por conveniente, en una comparecencia que suscribirán ante el juez; pero queda al prudente arbitrio de éste el discernirle ó no el cargo, verificándolo si en ello no encontrare dificultad. A los jueces que acabamos de señalar, corresponde respectivamente el discernimiento de este cargo. Si sobre el discernimiento se empeñase cuestión, se sustanciará en juicio ordi-

los 1847, 1848, 1849, 1850 y 1851 de la *Ley vigente de Enjuiciamiento civil*.

El art. 1244 de la Ley de Enjuiciamiento (de 1855), no exige como requisito esencial para la declaración de incapacidad, el reconocimiento de facultativos en los casos en que el juez no lo crea necesario. (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Diciembre de 1863.) Y es claro, que esto debe referirse sólo á los casos en que por otros medios se ha hecho una justificación cumplida.

La facultad genérica que con respecto á los particulares se deriva del precepto del art. 1243 de la Ley de Enjuiciamiento civil (de 1855), está limitada á poner en conocimiento del juez el hecho de la incapacidad. Asimismo, según lo dispuesto en la ley 13, tít. XVI, Part. VI, y en el artículo 1231 de la Ley de Enjuiciamiento (de 1855), nombrado curador ejemplar testamentario por el padre, debe confirmarlo el juez si entendiera que es beneficioso al incapacitado, sin que entónces pueda tener aplicación lo preceptuado en los artículos 1245 y 1247 de esta ley (equivalentes á los 1849 y 1851 de la reformada en 1881). Sentencia de 2 de Octubre de 1878.

nario, siendo en él representado el menor por el promotor fiscal del juzgado (1).

292. Además de los curadores que se dan por razon de la edad, de la incapacidad y para pleitos, hay otros, que son nombrados para la defensa de los bienes de un ausente, cuando este los ha dejado abandonados, y para los de la herencia yacente (2); á estos comunmente se da el nombre de defensores.

293. *Curadores de los condenados á interdiccion civil.*—Por último, debemos hacer mencion de los curadores que se dan á los que han sido condenados á sufrir la pena de interdiccion civil. La ley distingue diferentes casos, y dicta para cada uno la disposicion correspondiente.

Así pues, si el penado es soltero, menor de edad, y se halla emancipado, se le provee de un curador ordinario; pero si ha llegado á la mayor edad, el curador será ejemplar. La misma regla se sigue cuando es casado y está separado de su cónyuge por sentencia de divorcio; pero si no ha mediado esta separacion, el cuidado de administrar los bienes de la sociedad conyugal se encomendará á la mujer, si ésta fuese mayor. Si fuere menor, se la deberá proveer de curador, para cuyo cargo serán designados por orden sucesivo, el padre, madre, abuelos, hermanos y parientes más próximos de la misma mujer (3).

Los hijos del penado, menores de edad, que no tuvieren madre, quedarán sometidos á la autoridad del tutor ó curador, que será el mismo que fuere nombrado para el padre (4).

Seccion 27 TÍTULO VII.

De las reglas comunes á la tutela y curaduría.

294. La mayor parte de las disposiciones legales que se refieren á la aceptacion, administracion y responsabilidad de los

(1) Regla 5.^a del citado art. 309 de la Ley orgánica, y artículos 1852 al 1859 inclusive de la Ley vigente de Enjuiciamiento civil. Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Noviembre de 1874.

(2) Ley 12, tít. II, Part. III.

(3) Reglas 1.^a, 2.^a y 4.^a del art. 4.^o de la ley de 18 de Junio de 1870.

(4) Regla 8.^a del mismo art. 4.^o

guardadores, no menos que á la utilidad de los huérfanos, son comunes á la tutela y curaduría, y por esta razon, y por la de evitar remisiones inútiles y embarazosas, las comprendemos en este título, que dividimos en las secciones convenientes.

SECCION PRIMERA.

DEL DISCERNIMIENTO DEL CARGO DE LOS GUARDADORES.

295. Discernimiento del cargo de guardador es, *el poder que el juez le confiere para que desempeñe sus funciones, represente al menor ó incapacitado con arreglo á las leyes, y cuide de su persona y bienes* (1). Esta autorizacion que, segun hemos dicho, sólo la exigia la ley en algunos casos, por costumbre se hizo extensiva á todos los tutores testamentarios, á excepcion de la madre y de los facultados por el testador para administrar sin dicho requisito (2): en el dia es general á todos ellos y tambien á los curadores (3), segun lo dejamos expuesto en el título precedente. La aprobacion del juez, segun la ley de Partida, en unos casos es necesaria

(1) Artículo 1868 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Este discernimiento es un acto de jurisdiccion voluntaria en que se reviste al guardador del poder suficiente para el desempeño de su cargo, especificando las facultades que se le confieren, respecto á las cuales debe ser el juez muy cauto para no extenderlas más allá de lo necesario; pero que mientras subsistan, tienen que ser respetadas y han de producir todos sus efectos, sin perjuicio de la responsabilidad legal á que está siempre sujeto el juez por sus actos. (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Diciembre de 1857.)

(2) *Aragon.*—Antes de la Ley de Enjuiciamiento no necesitaba el tutor testamentario que su cargo fuera discernido por el juez. (Fuero II, *De tutor.*)

Cataluña.—Desde las Córtes de Perpiñan, celebradas en el reinado de Don Pedro III en 1351, cap. IX, tampoco necesitaba el tutor testamentario el discernimiento del juez. Esto se halla ya modificado, así como en Aragon, despues de la Ley de Enjuiciamiento civil.

(3) Artículos 1833 y 1834 de la *Ley de Enjuiciamiento civil.* Sin embargo, los tutores testamentarios dados por el padre á sus herederos é hijos legítimos, no tienen necesidad de este discernimiento para desempeñar válidamente su cargo, segun se deduce de la ley 8.^a, tít. XVI, Partida VI. (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Abril de 1862.) Mas parece que esta sentencia no guarda conformidad con otra dictada por el